

ФГОБУ ВО «Московский государственный институт  
международных отношений (Университет) МИД  
РФ»



# Правовой обычай как источник права

Преподаватель:  
Трикоз Елена Николаевна  
Кандидат юридических наук,  
доцент

Выполнил:  
Красильников Владислав  
Владимирович  
Студент группы: МП 7/21

В традиционных обществах Африки, ряде стран Южной Америки и Азии, Австралии и Новой Зеландии обычай признается основным **источником права.**

Во многих демократических странах также действует обычай в сфере конституционного права.

**Правовой обычай** – устоявшееся и получившее обязательную силу правило поведения вследствие его многократного и единообразного применения по определенным вопросам правового регулирования, конституирующие права и обязанности субъектов

# Возникновение правового обычая

Социологическая и историческая юриспруденция

Правовой обычай возникает с того момента, когда он начинает выполнять функцию нормативного регулятора

Юридический позитивизм

Правовой обычай возникает момента санкционирования государственной властью и закрепления в нормативных актах, договорах и прецедентах



# Существуют разные определения природы правового обычая

Впервые изучением природы правового обычая занялись **римские юристы**

«Установившийся издревле обычай заслуженно соблюдается, как закон, и это есть право»

*Юлиан (лат. Iulianus), составил старейшую дошедшую до нашего времени компиляцию новелл*

«То, что соблюдалось в течение многих лет, должно быть соблюдаемо как молчаливые соглашения граждан не менее, чем записанное право»

*Гермогениан (лат. Codex Hermogenianus), римский юрист, предпринял кодификация императорских конституций ок. 325 года*

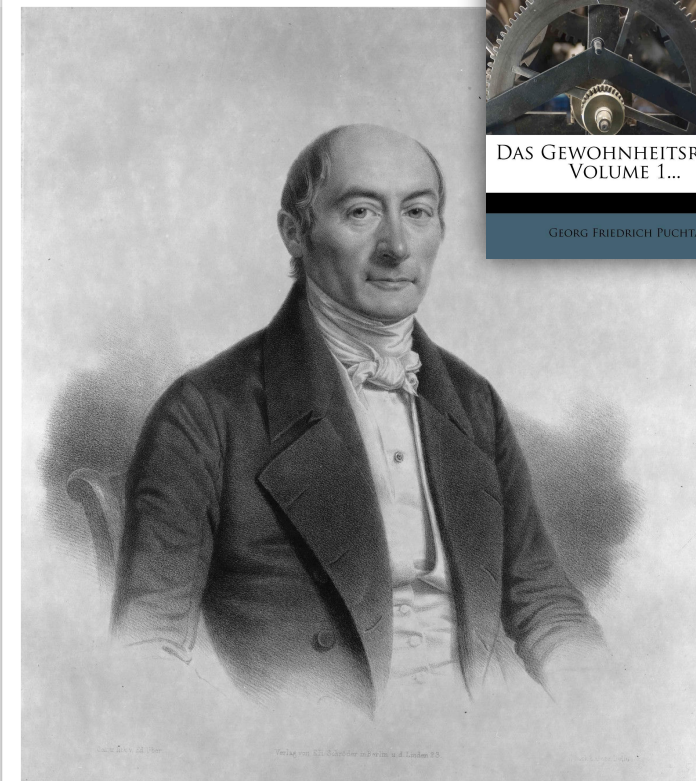
Правовые обычаи получили широкую доктринальную обработку в рамках канонического права, школы глоссаторов (XI—XIII вв.) и постглоссаторов (XIV - XV вв.)



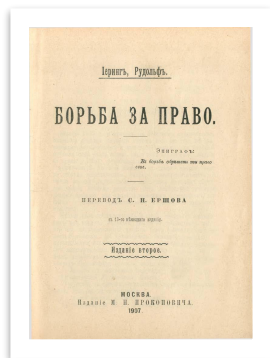
- Толкуя древнеримский Кодекс Юстиниана, пришли к выводу - чтобы считаться правовым, обычай должен применяться в течение двадцати лет.
- Необходимые признаки правового— долговременность и разумность применения.
- Предложена презумпция знания народом обычая: поскольку народ знал об обычае и не препятствовал его применению, разрешено придание обычному повторению действий юридической силы;
- Фикция молчаливой санкции обычая монархом;
- *tacitus consensus populi* - молчаливое выражение воли всего народа.

# Г. Ф. Пухта. «Das Gewohnheitsrecht»

- Провел анализ особенностей юридического обычая, его структурных элементов;
- Народный дух - источник общенародного убеждения, которое в свою очередь создает основу для обычного права;
- Обычай должен исходить от сознания юридической необходимости, от народного духа и от повторения одного и того же убеждения в действиях.

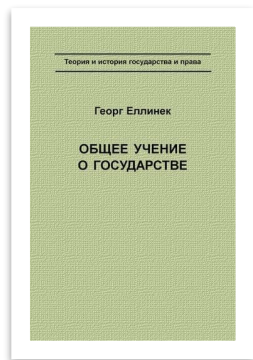


## Р. Иеринг «Борьба за право»



- Практическая реализация – основа обычая;
- Фактическое применение приобретает нормативный характер в силу особенностей психики;
- Длительное следование обычаю вызывает в общественном сознании убеждение в его императивности, отсюда «фактическое, постоянно повторяемое рассматривается как нормативное».

## Г. Еллинек «Общее учение о государстве»

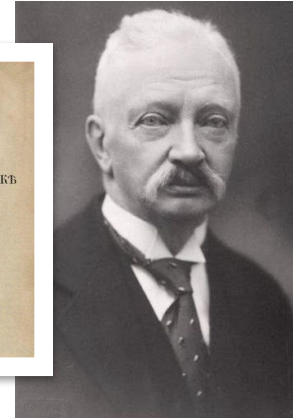
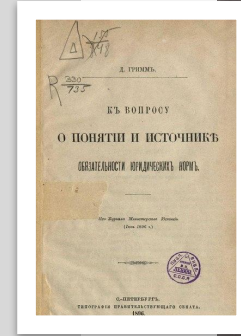




# Возрождение идеи санкционирования обычая государством во второй половине XIX в.

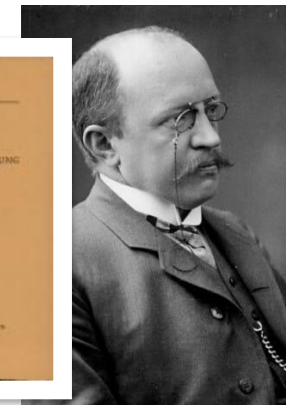
## Д. Гримм «К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм»

- Только обычай, санкционированный государством, имеет юридическую силу;
- Пока обычай не признан государственной властью, он является только показателем субъективных стремлений и желаний.



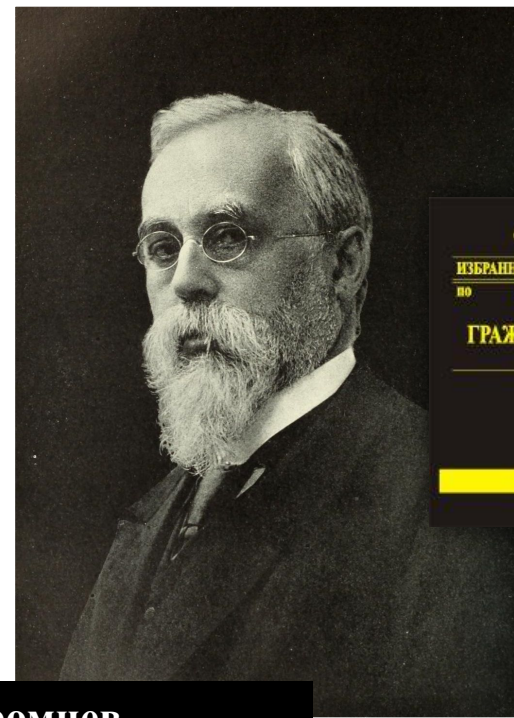
## П. Эртманн «Rechtsordnung und Verkehrssitte»

- Не любое фактическое применение создает обычай, а исключительно государственное, т. е. через органы государственной власти, в том числе и через суды;
- Только обеспеченный принуждением со стороны государства обычай становится юридическим.




# Поднятая проблема привлекла внимание представителей социологической и психологической школы

- Юридическая ценность нормы обусловлена фактическим выполнением или невыполнением ее, а не фактом установления правовой нормы законодателем;
- Психологическая составляющая есть условие образования вообще всех юридических норм, а не только обычаев;
- Всеобщность не обязательна для признания нормы юридической.

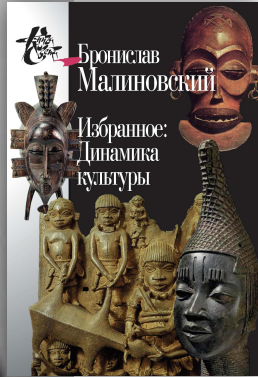


С.А. Муромцев



**Право в понимании  
юридической  
антропологии**

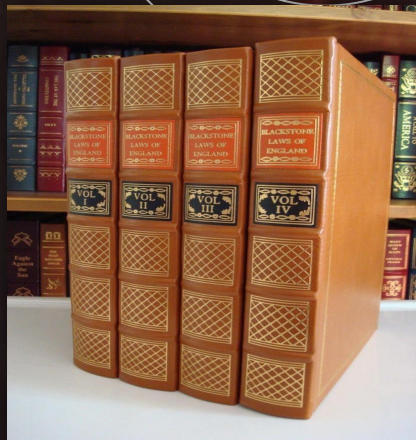
# Б. Малиновский «Динамика культурного обмена»



- Нормативность — это универсальная черта всех культур;
- Совместное существование и кооперация людей неизбежно порождает правила, власть и принуждение;
- Право есть функция взаимности обязательств членов общества друг перед другом;
- Право выражается не в фиксированных нормах, а в процессе разрешения конфликтов.

# Уильям Блэкстон. Признаки правового обычая

«Комментарии к законам Англии»



Древность

Непрерывность

Использование с  
миролюбивого  
согласия

Обязательная сила

Согласованность

Определенность

Разумность

# Способы санкционирования обычных правовых норм

## Традиционно-правовая семья

- Включение традиционных судов в общегосударственную систему судебных учреждений
- Институт судебных асессоров – юридических советников судьи, которые имеют специальные познания в обычном праве

## Континентально-европейская семья

- Абстрактный способ санкционирования – отсылки к обычно-правовым нормам в тексте законодательной нормы
- Конкретное санкционирование – норма нпа прямо фиксирует правовое содержание обычая

## Семья общего права

- Ссылки на обычай в тексте статута
- Ссылки на обычай в тексте нормативного судебного решения (обязательный прецедент)

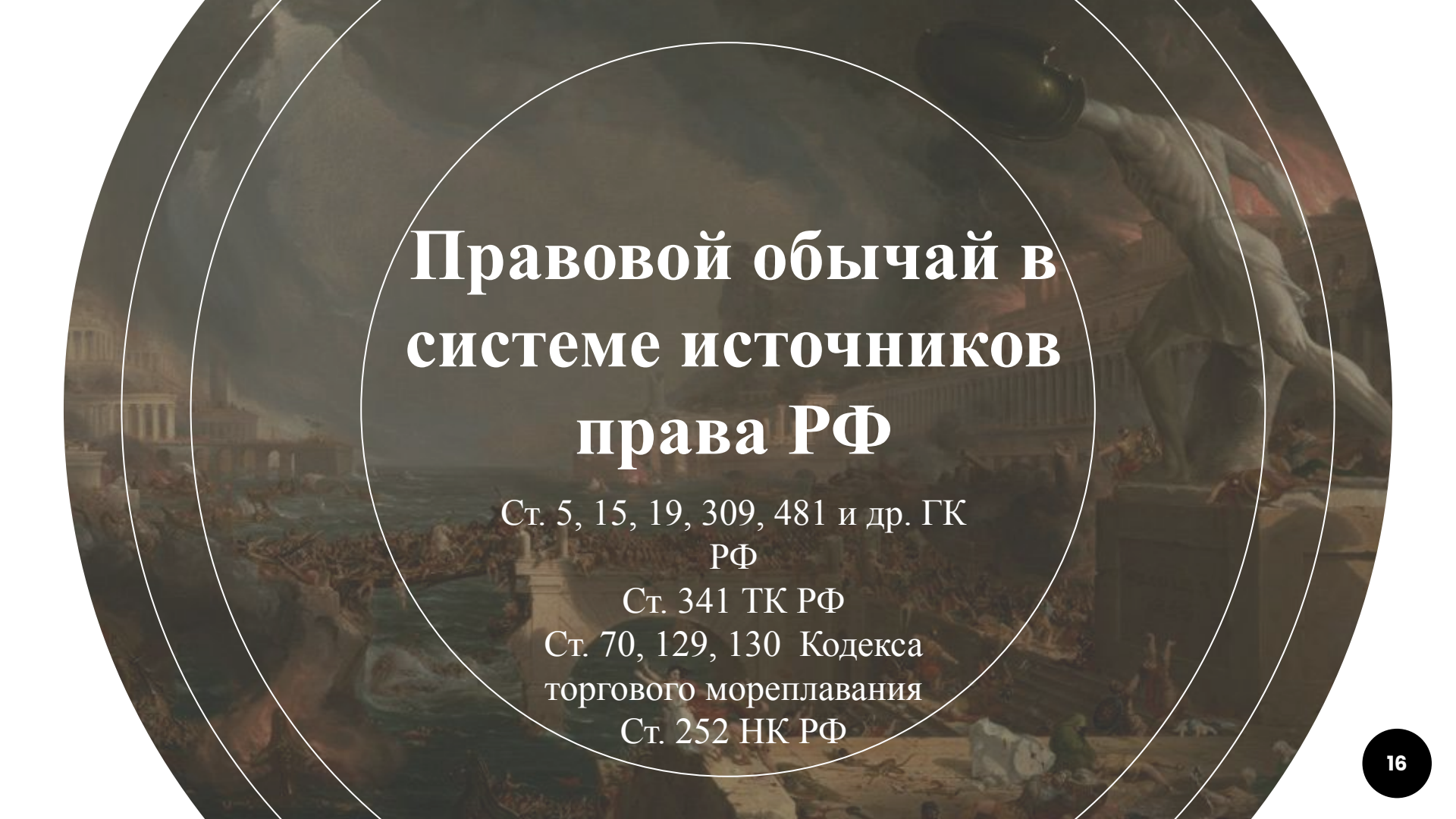
## Место и авторитет правового обычая в системе источников современного права в различных странах:

1. Полное отрицание обычая как юридического источника (Франция, Австрия, Италия);
2. Признание обычая в качестве субсидиарного источника (РФ, Греция, Швейцария);
3. Приравнивание обычая к закону (ФРГ, Япония);
4. Приоритетное значение обычая при конкуренции с законом (Англия, США, Испания).

Правовой обычай *secundum legem* («в дополнение к закону») – помогает осуществлять детализацию закона

Правовой обычай *praeter legem* («кроме закона») – восполняет существенный пробел в законодательстве

Правовой обычай *adversus/contra legem* («против закона») – применяется вопреки юр. характеристикам общественного отношения



# Правовой обычай в системе источников права РФ

Ст. 5, 15, 19, 309, 481 и др. ГК  
РФ

Ст. 341 ТК РФ

Ст. 70, 129, 130 Кодекса  
торгового мореплавания

Ст. 252 НК РФ



# Правовой обычай в системе источников права РФ

- Ст. 5 ГК РФ «**Обычаем** признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе»
- Ст. 19 ГК РФ: «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального **обычая**».
- Ст 309 ГК РФ: «Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с **обычаями** или иными обычно предъявляемыми требованиями».

# Правовой обычай в системе источников права РФ

- Ст. 252 НК РФ: «Под документально подтвержденными расходами понимаются затраты, подтвержденные документами, оформленными в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо документами, оформленными в соответствии с **обычаями** делового оборота, применяемыми в иностранном государстве, на территории которого были произведены соответствующие расходы».
- Ст. 341 ТК РФ предусматривает в качестве основания прекращения работы в представительстве РФ за границей несоблюдения работником **обычаев** и законов страны пребывания.
- Ст. 129 Кодекса торгового мореплавания РФ: «День и час подачи уведомления определяются соглашением сторон, при отсутствии соглашения **обычаями** данного порта».

# Международно-правовой обычай

## Разновидность правового обычая

Юридическая природа международного обычая выделяет в качестве основного момента процесса обычноправового нормообразования *opinio juris* — признание государствами сложившейся практики как правовой нормы. Это признание носит характер молчаливого согласования воли государства

Как источник МП международно-правовой обычай определен в Статуте Международного Суда ООН

В МЧП наиболее важную роль играют международные торговые обычаи, обычаи делового оборота и торгового мореплавания

В системе источников международного права обычай имеет доминирующее значение и приоритет перед международными договорами в ряде сфер: вопросы международно-правовой ответственности, государственной неприкосновенности, признания государств и др.

# Библиография

1. Гримм Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм. СПб., 1896;
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996;
3. Дювернуа Н. Источники права и суд в древней России. Опыт истории Русского гражданского права. М.: Изд-во Катков и Ко, 1869;
4. Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908;
5. Иеринг Р. Борьба за право. СПб., 1912;
6. Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986;
7. Лаптев В.А. Российский правовые обычаи в предпринимательстве. // Право и экономика. 2016;
8. Малиновский Б. Динамика культурного обмена. Введение в расовые отношения в Африке // Личность. Культура. Общество. 1999. Т. 1. Вып. 1. № 1–2. С. 129–130. — См. также: Рулан Н. Юридическая антропология. С. 47; Кульчар К. Основы социологии права. М., 1981;
9. Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. – 661;
10. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / First Edition. Volume I: Of the Rights of Persons. Oxford, 1765;
11. Gierke O. Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1895;
12. Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig, 1914;
13. Puchta G. F. Das Gewohnheitsrecht. Bd. 1. Erlangen, 1828.